

ORIENTACIONES POLÍTICO-CRIMINALES DE UNA FUTURA LEGISLACIÓN PENAL MEXICANA

Álvaro BUNSTER

I

Asistimos en México desde hace un lustro a un acusado cambio de rumbo en su política legislativa penal.

El anteproyecto de Código Penal dado a la publicidad el 10 de agosto de 1983 por la Procuraduría General de la República ve en el hombre un fin en sí mismo y no un instrumento al servicio de otros fines, y conforma un ordenamiento inspirado en el principio de culpabilidad y en el de intervención penal mínima, ordenamiento utilizable sólo como último recurso garantizador de la seguridad jurídica.¹

Parece fuera de dudas que él representa el punto de partida de la línea que debe orientar la política criminal de nuestra legislación penal futura.

Se trata, decíamos, de un acentuado cambio de rumbo, pues era muy otra la orientación que hasta entonces había prevalecido en este país por más de cien años. El primer Código Penal federal de 1871, conocido también como el Código de Martínez de Castro, no era, en sentido estricto, lo que se denominaría un Código Penal "clásico" sino que exhibía "una marcada tendencia *pragmática utilitarista con acento correccionalista*", como se ha dicho con mucho acierto.² Y puesto que el pragmatismo utilitarista es una forma de positivismo, no resulta demasiado sorprendente, aunque digna de la sagaz pesquisa de quien ha dicho aquello, la circunstancia de que el positivismo siguiera campeando en el derecho penal mexicano hasta época recentísima.

Es sabido que en 1929 se sanciona un frondoso Código Penal de corte claramente positivista, cuyo autor, Almaraz, hubiera querido, a

¹ Moreno, Moisés, *Orientaciones político-crriminales de las recientes reformas al Código Penal del Distrito Federal* (dactilografiado), 1986, pp. 24, 29 y 30.

² Zaffaroni, Eugenio Raúl, "La ideología de la legislación penal mexicana", en *Justicia*, México, núm. 2, III, 1985, p. 54.

modo del del desdichado fiscal Krylenko, sin parte especial y sin dosimetría. Obstáculos constitucionales, como el principio expresado en el apotegma *nullum crimen nulla poena sine lege*, lo forzaron a admitir un sistema de penas relativamente determinadas y se vio obligado, dice, a seguir el procedimiento antiguo de definir los delitos y sus variedades (las cursivas son nuestras). Proclama Almaraz ardorosamente la necesidad en que la sociedad se halla de defenderse de los locos, de los anormales, de los alcohólicos, de los toxicómanos y de los menores delincuentes, individuos todos que son, a su juicio, desde el punto de vista de la defensa social, tan responsables como los normales, y respecto de quienes, acaso, esté aún más indicada la defensa. El Código los declara a todos ellos delincuentes, reputando en *estado peligroso* a todo aquel que sin "justificación legal" cometa un acto típico, y le aplica una de las sanciones que prevé. Éstas se dirigen a prevenir los delitos, reutilizar a los delincuentes y eliminar a los incorregibles, y son, en general, de duración indeterminada.³

El Código en vigor de 17 de octubre de 1931, que pone término a la fugaz vigencia del de 1929, no inaugura, en verdad, una política criminal, pese al declarado propósito de sus redactores de cerrar legislativamente el paso a las ideas positivistas. Por su inspiración general, aparece redactado tan de espaldas al espíritu y a la letra de la Constitución como el de 1929.⁴ Desde luego, la presunción de inocencia es extraña a su articulado. Si alguna duda cupiera sobre su carácter acen-tuadamente represivo, la duración máxima de cuarenta años acordada a la pena de prisión se encargaría de desvanecerla, así como el efecto agravante de la reincidencia, de uno o dos tercios de la pena en la genérica y de dos tercios hasta el doble en la específica. La habitualidad aparece asimismo consagrada. El principio de culpabilidad es desconocido al no contarse el trastorno mental permanente entre las circunstancias excluyentes de responsabilidad y regularse sólo en la aplicación de sanciones, entre las normas relativas a la reclusión de enfermos mentales y sordomudos. La peligrosidad, a veces bajo el anticuado nombre de temibilidad, es criterio que prevalece en la individualización de la pena.

Es clara, pues, la alteración de la ruta impresa por el anteproyecto de 1983. Amén de los principios básicos que lo inspiran, ya recordados,

³ Bunster, Alvaro, "En torno de la imputabilidad penal" en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, núm. 11, XI, 1987, pp. 134 y 135.

⁴ *Idem*, pp. 135 y ss.

ORIENTACIONES POLÍTICO-CRIMINALES

5

baste por ahora señalar que por implicancia aparece en ese texto consagrada la presunción de inocencia, que de su parte especial se ven extrañadas algunas figuras, que se consignan para la pena de prisión algunos sustitutivos, acordando moderna flexibilidad a la multa a través del sistema de los días-multa, y que también en punto a individualización de la pena la culpabilidad ocupa el lugar de la peligrosidad.

Desde el 10 de agosto de 1983, en que el anteproyecto se diera a conocer, muchos de sus materiales se han utilizado para lograr, a través de iniciativas parciales de reforma, modificar a fondo el Código Penal vigente. Éste ha sido despojado de la presunción de dolo, cuenta con una fórmula legal de la inimputabilidad y establece consecuencias adecuadas para los inimputables; acuerda poder exculpante al llamado error de prohibición; se ha hecho con el tratamiento en libertad, la semilibertad y el trabajo en favor de la comunidad de penas sustitutivas, en ciertas condiciones, de la pena de prisión; ha incorporado el sistema de días-multa y ha alterado, aunque en medida no considerable, el contenido de la parte especial.

Son, pues, ya menos los resabios positivistas que persisten en la legislación penal vigente y en buena parte se ha desbrozado el camino hacia una política criminal más avanzada.

II

Pero antes de cualquier contribución a formularla, miremos por un instante a nuestra época y a nuestra realidad.

El último medio siglo ha sido sacudido, tras los atroces excesos cometidos durante la última guerra sobre pueblos enteros y las condiciones de extrema indigencia que sufre la mayoría de la humanidad, por la afirmación clamorosa de los derechos del hombre.

Esto ha tenido reflejo en nuestra disciplina a través de juristas que, refrenándose de exaltar —como los menos— la majestad de la ley penal y el alcance dignificador de la pena “merecida” en razón de la culpabilidad, han reconocido al derecho penal una función tutelar de la paz pública, creadora de una conciencia de seguridad general que hace posible a todos los ciudadanos el libre desarrollo de su personalidad, pieza conceptual maestra de la moderna elaboración jurídica de los derechos humanos. Entre ellos cuéntase, precisamente, Hans-Heinrich Jescheck, quien dirigió con brillo por largos años el Instituto Max

Planck de Freiburg, al que amó y engrandeció.⁵ Pero a ellos se han opuesto otros, que han sometido a la ley penal y al aparato de justicia penal, que es su aditamento indefectible, a críticas severísimas.

No se trata ya de la censura amarga de pensadores, artistas, poetas, narradores y dramaturgos a las condiciones inhumanas de funcionamiento del aparato represivo sin cuestionar su existencia. Un importante sector de la criminología contemporánea, precisamente la criminología crítica, proclama la falencia histórica del derecho y la justicia penales en sus funciones declaradas de contener y combatir la criminalidad, resocializar al condenado y defender intereses fundamentales de la sociedad, y ve en la pena una manifestación de violencia institucional que limita derechos y reprime necesidades fundamentales de los individuos. Sostiene que la justicia penal tutela prevalecientemente intereses de grupos minoritarios dominantes y socialmente favorecidos, dirigiendo el proceso de criminalización contra los grupos más débiles, según aparece palmariamente de la composición social de la población carcelaria. Afirma que el sistema punitivo produce más problemas que los que trata de resolver, reprimiendo conflictos en lugar de comprenderlos, y que por su estructura organizativa y su modo de funcionar es absolutamente inadecuado para realizar las funciones socialmente útiles declaradas por parte de su saber oficial, vale decir, aquellas funciones que están en el centro de la ideología de la defensa social y de las teorías utilitarias de la pena.⁶

Esta crítica del derecho penal y del aparato erigido a su servicio, nótese, surge de círculos científicos europeos y estadounidenses, mayoritarios o no, vale decir, de un mundo en que, como regla, no se han sobrepasado los marcos de la convivencia democrática en el medio siglo de que hablamos; donde casi no se ha enseñoreado dictadura militar alguna por lo menos en los últimos trece años, y donde, en buena parte, está instituido el Estado social y democrático de derecho. En ese marco político los penalistas sólo han debido lamentar, como expresión de exceso de poder, la proliferación reciente de leyes de emergencia represivas del terrorismo, que, a juicio de ellos, representan en más de un respecto una involución en el plano de las garantías de derecho penal y procesal penal.

⁵ Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal* (trad. de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde), Barcelona, Bosch, 1981, p. 5.

⁶ Baratta, Alessandro, "Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale", en *Dei delitti e delle pene*, III, 3, 1985, pp. 444 y 445.

ORIENTACIONES POLÍTICO-CRIMINALES

7

Si dirigimos, en seguida, nuestra mirada a los países de la periferia, al mundo que se conviene en llamar subdesarrollado, y la concentrarmos sobre todo en América Latina, el cuadro exhibe tintes extraordinariamente sombríos.

Subsisten en este continente regímenes militares en que las fuerzas armadas en su conjunto se han adueñado, como institución, de todos los mecanismos del poder, orientándose a la instauración de una nueva forma de Estado, destinada supuestamente a perdurar por generaciones. Este nuevo Estado aparece, por una parte, como desmovilizador del cuerpo social en cuanto pueda éste convertirse en factor de oposición política y, por otra, como garante pasivo del régimen de libre mercado. El control militar sobre el aparato estatal se inspira ideológicamente en la doctrina de la *seguridad nacional*, en cuyo nombre se procede de modo sistemático al aplastamiento del supuesto *enemigo interno*. Para cumplir esa faena se utiliza un aparato legal y judicial erigido *ad hoc*, con "leyes" fuertemente represivas y tribunales militares; pero, paralelamente a él, la policía secreta tiene carta blanca para llevar adelante toda clase de atropellos y reemplazar sin más trámite, cuando sea el caso y las circunstancias aconsejen obrar en forma expedita, la pena de muerte consagrada por aquellas leyes y susceptible de imponerse por aquellos tribunales castrenses, por el homicidio liso y llano.

Pero aun si prescindimos de estos regímenes militares que todavía perviven en algunos países latinoamericanos mientras en otros se cierne la amenaza de su regreso inminente al poder, en varias otras naciones del continente hay débiles gobiernos civiles mediatisados por la fuerza armada o puestos constantemente en jaque por ésta en razón de su pusilanimidad ante los brotes guerrilleros, o desembozadamente amenazados, con la pistola en la sien, por el crimen organizado, dicho más concretamente, por los *cartels* del narcotráfico.

Hay, finalmente, unos pocos regímenes latinoamericanos en que prevalecen ciertas formas democráticas fundamentales, pero en donde complejos, peculiares y prolongados procesos de consolidación institucional no han terminado de hacer efectiva la inamovilidad e independencia reales de la judicatura; en donde resabios de caudillismo enquistado en la administración pública han abierto un amplio margen a la corrupción administrativa y al abuso de autoridad, posibilitando de hecho incluso una apreciable autonomía de acción a la policía para cometer impunemente muy graves delitos, y en donde el avance en las condiciones materiales de la humanización carcelaria no han corrido

parejas con la regularidad, igualdad y rectitud del régimen a que deben sujetarse los recluidos.

Pues bien, ante un panorama tan desolador, es explicable que entre los penalistas latinoamericanos cunda un escepticismo todavía mayor que el de los críticos en cuanto al porvenir del sistema penal. El reducionismo postulado por estos últimos, que se traduce en un derecho penal mínimo en cuyo éxito tampoco confian ellos demasiado, provoca en algunos penalistas de América Latina, enfrentados a una realidad penal mucho más dramática, posiciones extremadamente radicales. En efecto, juristas latinoamericanos que consagraron por años sus esfuerzos al trabajo dogmático con gran versación, sagacidad y coherencia, se han visto arrastrados, por el espectáculo de increíble represión institucionalizada que el continente ofrece, a sostener que el sistema penal real no es el que se edifica sobre el diseño que traza la ley substantiva penal con sus fines confesados (y frente al cual no puede hablarse ya, por tanto, de un sistema penal subterráneo), sino el sistema que con fines inconfesables opera al margen de la legalidad y sin base alguna en el derecho penal formal, en términos de que la operatividad selectivísima de este último no es sino el pretexto para la publicidad masiva que sustenta al primero.⁷ Excusado es decir que para entrar en nuestro coloquio hemos de dejar a lo menos en suspenso desencanto tan extremo.

Dentro de una ponencia de esta índole, y dado que no se trata de ofrecer en ella proposiciones legislativas específicas sino orientaciones generales de una política legislativa penal, nos ocuparemos a continuación de manera breve sólo de tres temas fundamentales expresamente aludidos entre los propósitos de un texto como el anteproyecto de 1983: a) La contención, contracción o reducción de la intervención penal; b) El principio de la responsabilidad por la culpabilidad, y c) El carácter y función de la reacción penal; temas, éstos, enderezados, de una manera u otra, a la tutela de los derechos humanos.

III

1) Si no se tratase de orientaciones para una legislación sino de la articulación programática de una intervención penal mínima, corres-

⁷ Zaffaroni, Eugenio Raúl, "La legalidad como garantía y como pretexto", ponencia manuscrita inédita presentada al 3er. Congreso Mexicano de Derecho Penal, Acatlán, México, 1987.

pondería ocuparse aquí de cuestiones tan interesantes como los principios metodológicos que deben presidir una construcción alternativa de los conflictos y problemas sociales, a saber, *inter alia*: a) el principio de la sustracción metodológica hipotética de los conceptos de criminalidad y de pena, para verificar si y cómo podrían plantearse los conflictos y los problemas, así como las respuestas óptimas en perspectivas diversas de la punitiva, y b) el principio de la especificación de los conflictos y de los problemas, reagrupando en áreas homogéneas los objetos que sólo tienen de común el estar sujetos a una respuesta punitiva, para los fines de posibilitar soluciones diferenciales y más adecuadas a la naturaleza de los problemas que las suministradas por el sistema penal.⁸

A) En cambio, no puede dejarse de hacer alusión a principios tan importantes de descriminalización como el de no intervención útil, a saber, aquel en virtud del cual se asigna un amplio espacio de libertad para lo diverso, espacio que, por supuesto, debe ser compatible con las exigencias de un orden justo. Es un impulso para liberar al individuo de la "colonización" de su mundo vital por parte del sistema.⁹ Desde este punto de vista, no son pocas las figuras delictivas que ya han desaparecido de la ley penal ni las que todavía deben desaparecer, no sólo en opinión de los juristas que se desvelan por el problema de la descriminalización sino también de la opinión general, que mientras irracionalmente suele exigir la permanencia injustificada en la ley de ciertas hipótesis de hecho, está, en cambio, decididamente en favor del desaparecimiento de otras, a las que hace tiempo ha negado el carácter de protectoras de bienes jurídicos que no son ya reconocidos como tales.¹⁰

B) Envuelto en una serie de asociaciones conceptuales se habla del principio de la privatización de conflictos como criterio de descriminalización. En efecto, vienen a este respecto en consideración los altos costos sociales de la pena, sobre todo en las consecuencias que tiene para el que la sufre y para su familia. Pero aquí emerge además el interés de la víctima, sobre cuyo redescubrimiento por las ciencias penales tendremos ocasión de escuchar esta tarde la importante intervención del doctor Kurt Madlener. A la víctima —se ha dicho—, la intervención penal la hace objeto de una expropiación casi absoluta

⁸ Baratta, Alessandro, *op. cit.*, supra nota 6, p. 467.

⁹ *Idem*, p. 465.

¹⁰ Hassemer, Winfried, "Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra costituzione e diritto naturale", en *Dei delitti e delle pene*, t. II, 1, 1984, p. 107.

de su derecho a articular sus propios intereses, especialmente cuando se trata de su papel en el proceso. Trátase aquí de una vía sustitutiva de la intervención penal que el derecho de restitución deja abierta, franequeando a las partes en conflicto mayores prerrogativas para resolverlo al margen del derecho penal.¹¹

C) En extremo sugerente es el principio que Baratta, epónimo de la criminología crítica, designa como politización de los conflictos, donde la descriminalización viene a operar en el polo opuesto al principio anterior, a saber, extrayendo el caso del ámbito técnico en que el derecho penal lo sitúa, y con lo que lo extrae al mismo tiempo de sus connotaciones políticas, para ser tratado no ya por órganos meramente administrativos, sino por órganos de representación política. Al efecto, ofrece ejemplos relativos a la corrupción administrativa, a las relaciones entre mafia y poder legítimo en algunos países, a desviaciones graves de los órganos militares y de los servicios secretos.¹²

Como exigencia general para la descriminalización que significa transferir a una instancia no penal los casos que han caído antes en sede penal, se plantea, en obsequio al respeto debido a los derechos del hombre, la de que el conocimiento de esos casos y las resoluciones que de ellos emanen estén rodeadas de las mismas garantías que concede el sistema penal.

2. Aparte los indicados principios de descriminalización, que son externos al sistema punitivo, importa ocuparse (pero, nótese, en función de esa misma descriminalización de que estamos tratando) de los principios internos del sistema penal que limitan la criminalización, y ello tanto por el interés en la precisión de tales límites cuanto porque también operan en ellos como principios de descriminalización, en la medida en que, al traspasarlos, se violan los derechos del hombre y la criminalización no puede tenerse ya por justificada. Trátase, pues, ahora, de límites a la criminalización, no de descriminalización.

A) Desde un punto de vista formal, la contracción del sistema punitivo resulta favorecida por la enunciación clara de la garantía de legalidad y sus especificaciones, que se expresan principalmente en la taxatividad, tan enfáticamente afirmada en la Constitución mexicana, y la irretroactividad.

En cuanto a la primera, la taxatividad, tiene ella la virtud de salir al paso de los tipos de contornos difusos e inciertos y de las leyes

¹¹ Baratta, Alessandro, *op. cit.*, *supra* nota 6, pp. 458 y 465.

¹² *Idem*, pp. 465 y 466.

penales en blanco, pues aquellos y éstas son en América Latina fuente de arbitrariedad.¹³ En cuanto a la no retroactividad, debe proclamarse ella, no sólo respecto de las penas y de cualquier equivalente de ellas, sino también de cualquier condición más desfavorable al imputado que no haya sido prevista por la ley con anterioridad al hecho, incluso en lo concerniente al régimen procesal y, por cierto, a la ejecución.

Por lo demás, la multivalencia de la ley sustantiva en todos los estratos del mecanismo de la justicia penal rige, en verdad, para todas las derivaciones del principio de legalidad.

B) Pero a seguido de los principios de limitación formal —algunos de los cuales quedan pendientes para aludir a ellos adelante y con otro propósito— están los límites materiales o, si se quiere, funcionales a la criminalización.

C) Éstos recaen, en primer término, sobre los objetos posibles de tutela penal. La necesidad de la pena aparece sólo en razón de la protección de bienes jurídicos. Pero este aserto, que es hoy cuestión pacífica entre los penalistas, asume un especial sentido en un derecho penal enderezado al respeto a los derechos del hombre y, en función de eso, a la contracción de la intervención penal. Desde ese punto de vista, el contenido de los bienes jurídicos, como criterio y límite de criminalización, debe corresponder a necesidades reales de los hombres, así se presenten en el ámbito de los intereses individuales en que es posible discernir el bien de la vida, el de la salud, el del patrimonio y tantos otros, o en el de los intereses colectivos, como el medio ambiente o la salud pública, en cuanto son reflejo de intereses individuales y de los cuales, no siendo cualitativamente diferenciables, se distinguen sólo en que el goce de aquellos sólo es posible cuando no afecte la disponibilidad que compete a otros individuos con idéntico alcance.

En la caracterización de estos bienes jurídicos es mayor el riesgo de vaguedad, con el eventual debilitamiento de la garantía penal. Se ha sostenido que en nuestra época tiende a abusarse de la incorporación al ordenamiento penal de estos bienes difusos, a “administrativizarlos”,¹⁴ especialmente en el Estado social y democrático de derecho, que al ampliar su acción a un área más vasta de intereses, los declara socialmente reconocidos y dignos de tutela penal. No parece que en nombre de un reduccionismo penal deba postularse la desaparición de tales

¹³ Zaffaroni, Eugenio Raúl, “Los derechos humanos y sistemas penales en América Latina”, en *Justicia*, México, III, núm. 2, 1986, pp. 34 y ss.

¹⁴ Baratta, Alessandro, *op. cit.*, *supra* nota 6, p. 452; Hassemer, Winfried, *op. cit.*, *supra* nota 10, pp. 109 y 110.

bienes jurídicos, si su evolución histórico-social exhibe la medida creciente en que reflejan necesidades reales de los individuos. Piénsese en la sanidad del entorno natural, reclamada cotidianamente por los habitantes de esta ciudad.

Lo expresado de los bienes jurídicos colectivos es susceptible de extenderse a la tutela de las instituciones, desde que deje de concebirselas como fines en sí mismas o como meras expresiones de un orden sacralizado e intangible, asociándolas, en vez, al ejercicio de un derecho, sea individual o colectivo. Sobre esto nos ilustra claramente la evolución histórico-social del servicio público. Mientras se vio en él un conjunto de órganos adheridos en su función a la majestad del poder estatal, la incriminación de las acciones que lo amenazaran desde dentro (por los propios funcionarios) o desde fuera (por los ciudadanos) se fundó en considerarlas atentatorias de su integridad, de su dignidad o de su prestigio. Cuando esa tutela se basa, en cambio, en necesidades específicas de los individuos, y se divisa en el servicio público el medio indicado para satisfacerlas, tales atentados pasan a ser vistos, no ya como una prolongación del crimen de lesa majestad, sino como delitos contra el servicio destinado al público, de que éste está autorizado para valerse y disfrutar en la satisfacción de las dichas necesidades.

Deben, pues, quedar al margen de la legislación penal las acciones u omisiones que no afectan bienes jurídicos, como, *inter alia*, la mera tenencia de una droga incluida en la lista de las prohibidas, los tipos de mera desobediencia, los llamados delitos de peligro abstracto, el concubinato público y otras conductas que afectan normas morales, pautas éticas, pero no bienes jurídicos.¹⁵

D) No basta, sin embargo, la lesión de un bien jurídico. Para criminalizarla se requiere que sea una lesión grave.

E) Se precisa, luego, que aparezcan probados o altamente probables efectos útiles en relación a las situaciones en que se amenaza gravemente a los derechos humanos.

F) Se hace necesario, en fin, que no haya otro medio diverso del penal para responder a las situaciones en que los derechos humanos son amenazados. No basta probar la idoneidad de la respuesta penal; es menester demostrar, además, que no sea ella sustituible por otras intervenciones de menor costo social.

¹⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *op. cit.*, *supra* nota 13, pp. 45 y ss.

IV

Parecería superfluo, ante auditorio tan docto, recordar que la imputación penal es de orden estrictamente personal; que la pena sólo puede aplicarse a las personas físicas que han efectuado un acto delictuoso; que la responsabilidad penal presupone un nexo causal del hecho con el acto de quien lo ejecutó a lo menos con culpa, y que en derecho penal está, en consecuencia, proscrita toda responsabilidad objetiva o por hecho ajeno.

Señalar todo esto era, sin embargo, necesario para recalcar que la responsabilidad es por el acto, que debemos tratar de edificar un derecho penal de acto que se funde en lo que un sujeto ha hecho, en los caracteres que reviste el acto singular, el acto aislado que él ha efectuado voluntariamente y cuyo significado ha estado, salvo el caso de inimputabilidad, en condiciones de comprender.

No procede fundar esa responsabilidad, en cambio, en determinadas características de la persona y no puede, especialmente, procederse de manera penalmente coactiva, a través de medida alguna, sobre la base de la llamada "peligrosidad social" del sujeto, a que tan apegada se mantuvo la legislación penal mexicana hasta las reformas iniciadas en 1984, sobre la base del anteproyecto de Código Penal de 1983. De la peligrosidad social se dice con razón que es un concepto problemático, tautológico y amorfó, y políticamente se le imputa el servir de pretexto para que el Estado eluda la parte de responsabilidad que le cabe en la génesis del delito en particular, al prohijar una estructura socioeconómica injusta y criminogenética.¹⁶

El principio que debe imperar en lugar de la peligrosidad es el de culpabilidad. No se concibe, en verdad, un derecho penal que reconozca en el hombre un fin en sí mismo y que se edifique en torno de la tutela de sus derechos que no sea un derecho penal de culpabilidad, y este rumbo, ya tomado en las recordadas reformas, debe tornarse cada vez más resuelto en la legislación penal mexicana del futuro.

Tratándose del principio de culpabilidad, es procedente señalar primero los criterios que deben prevalecer en materia de imputabilidad.

Las bases psicológicas y psiquiátricas en que se asientan los conceptos dogmáticos de imputabilidad, imputabilidad disminuida e inim-

¹⁶ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Política criminal latinoamericana*, Buenos Aires, Ed. Hammourabi, 1982. p. 95.

putabilidad son actualmente objeto de profunda revisión, entre otras razones porque parecen inficionados de elementos ideológicos que se dejan ver en el etiquetamiento simplista del inimputable y en la facilidad con que la instancia decisoria en la materia pasa a ser la del perito médico con gran indiferencia del juez, a quien competencia en definitiva el pronunciamiento sobre el asunto y sobre la duración de la medida de internación aplicada, cuando es el caso.

Sin discutir en una ponencia sobre orientaciones político-criminales el enunciado mismo que pueda reputarse más conveniente como fórmula legal de la inimputabilidad, interesa consignar que los códigos penales del continente distinguen, incluso el mexicano desde 1984, entre imputables e inimputables; que en su mayoría asocian a la inimputabilidad medidas de seguridad; que en general se atienen para ello al peligro o a las características del autor, desentendiéndose generalísicamente de la gravedad del hecho, y que en todos la duración de la medida es indeterminada, salvo en el mexicano desde 1984, que le señala como límite el máximo de la pena asignada al delito.

Todo esto permite ver claramente algunos de los peligros de la peligrosidad y la alta medida en que el derecho penal de nuestro tiempo, al menos en este continente, ha vuelto la espalda a los derechos del hombre. Se ha hecho notar con toda propiedad, además, la regresión legislativa y no ciertamente el progreso que representa la introducción de las medidas de seguridad curativas para inimputables por tiempo indeterminado y para cualquier hecho. Desplegando un tanto semejante posición aparece, en síntesis, que: a) se comprometen bienes jurídicos en mayor medida que con la pena, pues el tratamiento médico psiquiátrico puede afectar la integridad del hombre; b) un inimputable no debería estar en peor condición que un imputable y he aquí que un inimputable que cometiera un hecho leve podría verse recluido a perpetuidad; c) la medida, no sujeta a límite legal expreso, autorizaría hasta "tratamientos" que podrían ser gravísimamente lesivos de los derechos del hombre, y d) la prescripción legal invariable de la internación es una forma extrema y rígida de tratamiento, que excluyendo la terapia ambulatoria y otras que suponen salir del instituto o establecimiento, atenta contra la salud del paciente. En un derecho penal de culpabilidad, en cambio, la medida que pueda requerir un inimputable no tiene por qué depender de la potestad punitiva ni quedar vinculada a ella. Nada tiene que ver con la ley quien no es culpable. Será una legislación psiquiátrica adecuada la que ofrezca las ga-

rantías del caso para el tratamiento a que pueda estar sujeta la persona absuelta por inimputable.¹⁷

A raíz de comprobaciones y razonamientos como los anteriores, hechos en nuestro continente en ocasión de una vasta y valiosa investigación sobre derechos humanos y sistemas penales, un destacado pensador europeo ha insinuado la redefinición del concepto de responsabilidad penal, que sirva para toda el área del derecho penal en sentido lato y permita asegurar a todos los sujetos límites perentorios de duración para toda medida de internación coactiva prevista como consecuencia jurídica de la realización de una figura delictiva a través de un acto. No corresponde hoy analizar esa proposición, sino poner de resalto la necesidad en que nos hallamos, teniendo a la vista la realidad latinoamericana, de no consagrar demasiada energía al desaparecimiento en la ley penal de medidas aplicables a los inimputables que han delinquido, siempre que lo hagamos con los debidos resguardos y evitemos las oberraciones que acabamos de señalar. No hay en ello una inconsecuencia ante un derecho penal de culpabilidad, sino la precaución ya adoptada en la discusión del documento sobre derechos humanos y sistemas penales en América Latina de no dejar librados esos "peligrosos" absueltos a nuevos atentados y formas de estigmatización extrañas al sistema legal penal y por mano de la policía.

En obsequio a la brevedad prescindimos de la situación legislativa de la llamada imputabilidad disminuida. También nos abstemos, como en la imputabilidad, de penetrar en la problemática de la culpabilidad propiamente dicha, de que tratará en seguida, con autoridad ciertamente muy superior a la mía, el doctor Perron. Interesa mencionar, sin embargo, en función de sus perspectivas legislativas en nuestro medio, una proposición del profesor argentino doctor Eugenio Raúl Zaffaroni.

Hacemos referencia al concepto de coculpabilidad, así bautizado por él, si no estamos mal informados, y en que él divisa una consecuencia necesaria del principio de culpabilidad. En el reproche de culpabilidad —dice Zaffaroni— la sociedad debe cargar con la parte que de él le corresponde por no haberle brindado al hombre las posibilidades de comprensión de la antijuridicidad. Quien no comprendió, porque tuvo menos posibilidades que otro, es menos reprochable que el otro: la sociedad no puede reprocharle a nadie que no haya hecho lo que no se le posibilitó, ni puede permanecer ajena al hecho de que no

¹⁷ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *op. cit.*, supra nota 13, pp. 68 y ss.

todos los hombres pueden internalizar la antijuricidad en la misma medida.¹⁸ Dicho más breve y tajantemente por el mismo autor: “no puede cargarse al hombre con el reproche por las posibilidades que la sociedad no le ha brindado. Es la sociedad quien debe cargar a este respecto con la parte del reproche que le incumbe.”

Parece a Zaffaroni que en una época de tanta injusticia social, en que el derecho penal puede fácilmente devenir un instrumento de dominación, el concepto de coculpabilidad puede contribuir a contrarrestar ese riesgo, y que si bien en algunos códigos penales cabe entender incorporado ese concepto *sub intelligenda*, más valdría consagrarlo en un precepto expreso.

Interesante sugerencia para la legislación mexicana del futuro.

V

Hoy no se discute que siendo la pena uno de los medios de que el Estado dispone para imponer sus normas jurídicas, la función de ella y la de éste se hallan estrechamente vinculados. Una es la función de la pena en el Estado liberal; otra en el Estado intervencionista; otra en el Estado social y democrático de derecho, noción que suena a invención de posguerra y que los estudiosos, en cambio, hacen remontar a Louis Blanc y a Owen.¹⁹

La síntesis entre el Estado liberal o Estado de libertades y el Estado social o Estado de prestaciones²⁰ arroja una imagen que supera los componentes básicos considerados aisladamente y agrega la tercera característica, que es la democracia.²¹ Del Estado liberal o Estado guardián que no interfiere en el juego social a modo de un árbitro, y del Estado social erigido en motor de la vida social, emerge un Estado social y democrático de derecho, consagrado expresamente en la Constitución de la República Federal Alemana y en la Constitución española.

En el Estado social y democrático de derecho la pena es un medio de asegurar la protección efectiva de todos los miembros de la socie-

¹⁸ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *op. cit.*, supra nota 16, p. 28.

¹⁹ Abendroth, Wolfgang, *El Estado democrático y social como proyecto político*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p. 16.

²⁰ Forsthoff, Ernst, “Problemas constitucionales del Estado social”, en *El estado social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p. 45.

²¹ Mir Puig, Santiago, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, Bosch, 1979, p. 13.

dad, por lo que ha de tender a la prevención de delitos (Estado social), entendidos éstos como los comportamiento que los ciudadanos juzgan dañosos para sus bienes fundamentales (Estado democrático). Trátase de los principios de protección de bienes jurídicos y de proporcionalidad.²² Impera en esta clase de Estado, por supuesto, el principio de legalidad. Por su carácter democrático, debe defender a la mayoría de la minoría y, a la vez, respetar la dignidad del delincuente e intentar ofrecerle alternativas a su comportamiento criminal. Esto último lo obliga a ofrecer al condenado posibilidades para su resocialización y reinserción social.²³

Pues bien, el Estado mexicano surgido de la Constitución de Querétaro no es, por cierto, caracterizado formalmente por ella como un Estado social y democrático de derecho; pero nos atrevemos a pensar que *avant la lettre* ya lo es, precursoramente, desde entonces. Con mucha mayor razón continúa siéndolo desde 1917 en adelante, a medida que se acentúa, por obra de reiteradas reformas, su carácter de motor de la vida social, sin desmedro del amplio dispositivo de respeto y garantía de las libertades públicas que la Constitución trae consigo desde su mismo origen. En cuanto al ingrediente de la democracia, no se necesita mayor esfuerzo para descubrirlo consagrado en la carta fundamental. El Estado social y democrático de derecho europeo, en función de su grado mayor o menor de prosperidad, se identifica desde su nacimiento o muy rápidamente con el Estado providente o *Welfare State*. Del Estado mexicano no puede esperarse lo mismo, o en el mismo grado, ni a corto ni tal vez a mediano plazo.

Esta última circunstancia, sin embargo, no hace variar la antedicha caracterización del Estado mexicano como Estado social y democrático de derecho y, por tanto, el sentido en que aparece como marco institucional adecuado para que podamos calificar de *lege ferenda* la función de la coerción o sanción penal.

En el Estado social y democrático de derecho, ya se ha expresado, la pena no es retribución ni prevención general, sino prevención especial. Y esto no deriva de un simple devaneo sino de la lectura de la Constitución. Identificando sistema penal y sistema penintenciario, que entonces y ahora podrían yuxtaponérse prácticamente por la extrema frecuencia con que la prisión era y sigue siendo la pena asignada a los delitos, dispone el segundo párrafo del artículo 18 que “los go-

²² *Idem*, p. 22.

²³ *Idem*, p. 23.

biernos de la Federación y de los Estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medio para la readaptación del delincuente". Si hubiera de entenderse la prevención general como la advertencia para abstenerse del delito a los que no han delinquido y la prevención especial como la actuación sobre el culpable a fin de que no vuelva a delinquir, es fuera de dudas que el texto constitucional gravita sobre este segundo polo.

Y lo hace, por otra parte, en términos por demás propios, aunque personalmente prefiramos la expresión resocialización a readaptación. Se trata de que el autor aprenda a coexistir, a convivir con los demás seres, y eso es la socialización, a saber, un proceso por el cual un sujeto, como dice nuestro ilustre huésped profesor doctor Günther Kaiser, "aprende los valores, normas y orientaciones del grupo a que pertenece", debiendo tenerse en cuenta que "de los tipos fundamentales de procesos de aprendizaje (socialización, culturación y personalización), la socialización pertenece primordialmente a la temprana infancia". En virtud de ello, continúa el doctor Kaiser, la "resocialización no puede ser entendida como una 'reincorporación a secas del sujeto a la sociedad libre, sino como una 'nueva incorporación'". No corresponde extenderse en este documento sobre tan ardua y delicada faena de aprendizaje, que parece posible aún en esta sociedad tan traspasada por graves contradicciones.²⁴

Cabría argumentar que esta posición mantiene latente en su seno la idea de peligrosidad, que hemos postulado eliminar del derecho penal. En efecto, si la función de la pena es resocializar al sujeto enseñándole a convivir y, con ello, a no delinquir de nuevo, es la probabilidad más o menos significativa de que él pudiera llegar a hacerlo la que mueve a dar a la pena ese contenido. No es, sin embargo, el criterio de peligrosidad sino el de alarma social, vale decir, el reflejo subjetivo del ámbito material de disponibilidad propio del concepto de seguridad jurídica, lo que está en operación en este caso.

Así pues, la pena viene a ser, en nuestro entender y con la función que le hemos asignado, la única forma de coerción del derecho penal mexicano del futuro. En él, a nuestro juicio, a excepción de la salvedad consignada por razones de oportunidad respecto de la inter-

²⁴ Kaiser, Günter, *Strategien und Prozesse strafrechtlicher Sozialkontrolle*, Frankfurt, 1972, pp. 6 y 7.

nación de inimputables, no hay lugar para las llamadas "medidas", llevan o no el apellido "de seguridad", junto a la pena.

Es importante hacer notar, en seguida, que al admitir como única manifestación de coerción penal en sentido "material" a la pena, y al acordarle una función de seguridad jurídica de contenido preventivo especial resocializador, no está sólo en nuestra mente la imagen de la prisión, sino también la de las demás que forman el arsenal moderno de la penología. No sólo el detenido puede aprender a coexistir o convivir con sus semejantes sino también el sentenciado a la pena de multa o a penas privativas de derechos, por el efecto disuasivo de las primeras y por privar la última al penado de nuevas ocasiones para el delito.

Pero ese arsenal de la penología no encuentra, como tal, reflejo en el Código en vigor, y se hace necesario echar mano de él para que la pena de prisión no campee de manera incontrarrestable. Es superfluo volver aquí sobre los inconvenientes de esa pena de encierro, pero no lo es recordar que en la actual legislación mexicana alcanza una duración máxima expresiva de una severidad sólo comparable a la del derecho penal contemporáneamente instituido por regímenes afectos a la llamada doctrina de la seguridad nacional. La prisión debe ser, pues, drásticamente reducida, tanto en su duración como en la frecuencia con que se la comina para delitos de la más diversa naturaleza.

El Código actual ha incorporado ya, como es sabido, algunos sustitutivos a esta pena. Su introducción en la ley, que sepamos, no ha sido acompañada de la institución de los mecanismos indispensables para que tales sustitutivos no se conviertan, cuando se impongan en la sentencia, en letra muerta. Cuando se impongan en la sentencia, decimos, pues no conocemos todavía un caso en que el órgano de ejecución, en ejercicio de las facultades de que ha sido legalmente investido, haya optado por ponerlos en obra cuando los ha impuesto la sentencia.

Aparte los sustitutivos incorporados ya a la legislación, a saber, el tratamiento en libertad, la semilibertad y el trabajo en favor de la comunidad, es dable recurrir a la multa reparatoria, especialmente en delitos generados en la codicia; a la *probation*, ajena a nuestras tradiciones pero dotada sobre el *sursis* de la ventaja de que no ha llegado a dictarse sentencia de condena, y que parece especialmente adecuada para delincuentes jóvenes; al cumplimiento bajo control de una serie de pautas de conducta. Cabe mencionar todavía las viviendas comunes, la ejecución abierta, las comunidades de tratamiento. Si por razones

diversas no es procedente la sustitución, es recomendable que la pena privativa de la libertad se cumpla en condiciones de convivencia que reproduzcan en el grado más alto posible las de una libre comunidad solidaria. Los progresos hechos en México en los últimos años en cuanto a la dignificación carcelaria tienen que ser seguidos todavía de muchos otros tendientes a lograr algo semejante a esa solidaridad.

VI

Las antedichas propuestas, y todas las demás que completarían la fisonomía de un Código, deberían proyectarse contra el trasfondo de la realidad social en que tendrían aplicación.

Hasta hace aproximadamente un cuarto de siglo cabía abrigar la esperanza de que nuestro continente vería abrirse ante sí claras vías de desarrollo y que se integraría a la economía mundial en un papel que no fuese desmedrado ni subalterno. Era precisamente la época de la proclamación de la llamada Alianza para el Progreso, que parecía abrir amplias avenidas al avance de nuestros países y que se formulaba, dicho sea de paso, casi exactamente por la misma época en que, ante el desasosiego social del Brasil, se producía allí un golpe de estado, al que pronto seguirían varios otros. Nuestro continente, empero, sigue relegado a una grave situación de dependencia y condicionamiento económicos. El crecimiento del producto nacional bruto beneficia en América Latina a una proporción reducida de la población, que en su gran mayoría carece hasta de lo indispensable para subsistir. Asistimos al proceso bifronte en que los menos tienen cada día más y los más cada día menos. A ello se agregan tasas muy altas de analfabetismo y diserción escolar. En los últimos años se observa un estagnamiento productivo agravado por los muy ingentes servicios de la deuda externa. Todo esto acarrea fenómenos crimonógenos tan variados como, entre otros, la desintegración familiar, el afán consumista exacerbado por los medios de comunicación de masas, la afectación del cuociente intelectual de los niños, la promiscuidad habitacional, las actitudes de radicalización extrema, la drogadicción.

Si es ésta la realidad de América Latina —y la de México, por cierto, comparte esos rasgos—, ¿por qué, entonces, propender en este país a un progreso legislativo que importe una contención del menester punitivo, que refuerce la tutela de los derechos humanos, que destierre el defensismo social y sitúe en su lugar un derecho penal de culpabilidad,

y que, desentendiéndose de toda idea de retribución, provea a la seguridad jurídica con penas menos drásticas e imbuidas de un propósito resocializador?

Al efecto invocan algunos el grado de integración de la sociedad mexicana, su larga experiencia de luchas y sufrimientos en condiciones especialmente adversas y la carencia de barreras de comunicación y lenguaje entre sus clases, todo lo cual favorecía la solución de sus conflictos al margen de una filosofía extraña como la positivista.²⁵

Admitamos, con rubor, que carecemos de competencia en sociología política o en sociología de la cultura para admitir o rechazar la precedente conjetura.

Confiamos en el hecho de que la nación mexicana haya sabido preservar hasta ahora las formas democráticas, y estémonos, además, al hecho de que existe una voluntad de reforma penal no distante de las directrices señaladas.

•

²⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl, *op. cit.*, *supra* nota 2, p. 90.